Eerste Kamer der Staten-Generaal

1

Vergaderjaar 2016–2017

34 218 Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)

B VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR VEILIGHEID EN JUSTITIE[1]

Vastgesteld 1 november 2016

Het voorbereidend onderzoek heeft de commissie aanleiding gegeven tot het maken van de volgende opmerkingen en het stellen van de volgende vragen.

1. Inleiding

De leden van de **VVD**-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van onderhavig wetsvoorstel. Zij wensen daarover een aantal vragen te stellen die onder meer samenhangen met de effectiviteit en het mogelijk oneigenlijk gebruik en misbruik van de voorgestelde regeling.

De fractieleden van het **CDA** hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Zij hebben nog enkele vragen.

De **SP**-fractieleden hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel en hebben nog een aantal vragen aan de regering.

De leden van de fractie van de **PvdA** hebben kennisgenomen van het voorliggende wetsvoorstel. Deze leden menen dat het van belang is dat een reeds vigerende en succesvolle praktijk in wetgeving wordt vertaald. Zij hebben over het wetsvoorstel nog een aantal vragen en wachten de beantwoording daarvan door de regering met belangstelling af.

[1] **Samenstelling:**
Kox (SP), Engels (D66), Nagel (50PLUS), Ruers (SP), Van Bijsterveld (CDA) (*vice-voorzitter*), Duthler (VVD) *(voorzitter),* Ten Hoeve (OSF), Koffeman (PvdD), Strik (GL), Backer (D66), Knip (VVD), Barth (PvdA), Beuving (PvdA), Hoekstra (CDA), Popken (PVV), Schouwenaar (VVD), Schrijver (PvdA), Bredenoord (D66), Van Dijk (SGP), Markuszower (PVV), Van Rij (CDA), Rombouts (CDA), Van Weerdenburg (PVV), Wezel (SP), Van de Ven (VVD), Sietsma (CU)

kst-34218-B
ISSN 0921 - 7371
's-Gravenhage 2016

2. Effectiviteit van het wetsvoorstel

In haar advies was ook de Afdeling advisering van de Raad van State kritisch over het wetsvoorstel vanwege de mogelijke risico's van misbruik of oneigenlijk gebruik van deze rechtsfiguur en van het over het hoofd zien van andere gegadigden. Deze risico's werden volgens haar onvoldoende ondervangen door de voorgestelde waarborgen van de benoeming van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris door de rechtbank. Ook was de Afdeling advisering van de Raad van State kritisch over de aannemelijkheid van de meerwaarde van een aanwijzing bij een dreigend faillissement.[2] De leden van de **VVD**-fractie delen deze zorgen.
Nu heeft de regering in haar reactie op deze zorgen en kritiek, onder meer aangegeven dat een doorstart van nog rendabele bedrijfsonderdelen uit faillissement regelmatig voorkomt en dat zowel de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als maatschappelijke belangen er gebaat bij zijn wanneer het aanwezige boedelactief grotendeels aan één koper kan worden verkocht, die daarmee een groot deel van de onderneming voortzet. Wil de regering aangeven in hoeveel gevallen van het gemiddeld aantal faillissementen per jaar daadwerkelijk een doorstart wordt gemaakt? En in hoeveel gevallen van het gemiddeld aantal faillissementen per jaar daadwerkelijk het boedelactief aan één koper kan worden verkocht? Wil de regering daarbij ook een onderscheid maken naar grootte van de onderneming (mkb en middelgroot/groot)?

De zogenaamde «*pre-pack* praktijk» bestaat informeel al enige tijd merken de VVD-fractieleden op. Heeft de regering onderzocht hoe succesvol deze praktijk was? Met andere woorden: in hoeveel gevallen waarin sprake was van een stille voorbereiding van een faillissement heeft daadwerkelijk een doorstart plaatsgevonden? En in hoeveel gevallen kon daadwerkelijk het boedelactief aan één koper worden verkocht? Heeft de regering gemeten in hoeverre de stille voorbereidingsfase doorslaggevend was voor het kunnen realiseren van een succesvolle doorstart en of verkoop van het boedelactief aan één koper?

Hoe worden de belangen van schuldeisers in de 'stille fase' zo goed mogelijk beschermd, zo vragen de leden van de VVD-fractie. De regering schrijft weliswaar dat de beoogd curator kritisch meekijkt met het voorbereidingstraject en dat het eindverslag van de beoogd curator inzicht geeft in wat er zich heeft voorgedaan in de stille voorbereidingsfase waardoor hun kans om achteraf nog invloed uit te oefenen op de besluitvorming omtrent een eventuele doorstart vergroot, maar dat heft het nadeel van het gebrek aan transparantie richting de schuldeisers onvoldoende op. Het nadeel van een «stille fase» is immers dat de crediteuren te laat of niet in de gaten hoeven te hebben, en meestal ook niet kunnen hebben, dat hun contractspartner betalingsmoeilijkheden heeft. Zij zijn degenen die met onbetaalde rekeningen blijven zitten en de schade lijden. Hun belang ligt niet direct bij betrokkenheid bij een doorstart. Dat staat vaak veel te ver van hen af. Hun belang ligt in het betaald krijgen van hun rekeningen. Hoe worden de belangen van deze crediteuren met dit wetsvoorstel beschermd? Welke mogelijkheden biedt Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek? De bepalingen die de aansprakelijkheid van bestuurders regelen die verplichtingen zijn aangegaan terwijl zij wisten of konden weten dat de ondernemingen deze verplichtingen niet zouden kunnen nakomen, bieden veelal te weinig bescherming. Het nadeel van deze bepalingen is immers dat veel crediteuren vaak met een bewijsprobleem zitten of dat bij de bestuurders zelf niets meer te halen valt («kale kip-probleem»). Datzelfde probleem doet zich voor bij de

---

[2] Kamerstukken II, 2014/15, 34 128, nr. 4, p. 2.

voorgestelde aanvulling van de artikelen 2:138 en 2:248 van het Burgerlijk Wetboek. Deze laatste bepalingen hebben tevens als nadeel dat er geen sprake hoeft te zijn van oneigenlijk gebruik van de stille voorbereidingsfase om toch van benadeling van crediteuren te kunnen spreken. Hoe kijkt de regering hiertegenaan?

3. Aanwijzen curator

De curator wordt gekozen van een door de rechtbank opgestelde «curatorenlijst». Deze lijst is niet openbaar, waardoor onduidelijk is wie er allemaal curator zijn. Ook is niet openbaar wanneer een curator van de lijst wordt gehaald wanneer deze niet goed functioneert. De **SP**-fractieleden vragen de regering of zij kan aangeven wat de reden is voor een geheime lijst en waarom deze niet openbaar wordt gemaakt? Welk doel wordt hiermee beoogd?

De bewindvoerder behartigt het belang van de onderneming en de curator het belang van de schuldeisers. In de praktijk komt het voor dat de curator bij een insolventieprocedure dezelfde persoon is als de bewindvoerder in de fase van surseance. Kan de regering aan de SP-fractieleden uitleggen waarom de bewindvoerder dezelfde persoon kan zijn als de curator, aangezien zij niet dezelfde belangen vertegenwoordigen? Hoe kan belangenverstrengeling worden voorkomen?

De **PvdA**-fractieleden vragen aan de regering of zij kan aangeven of en hoe door de onderneming dient te worden gerapporteerd dat zij gebruikmaakt van de mogelijkheid reeds een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen. Hoe verhoudt dit zich tot het continuïteitsbeginsel als een van de algemene grondslagen voor het opstellen van de jaarrekening?

4. Arbeidsrechtelijke aspecten

De leden van de **CDA**-fractie vragen de regering om in te gaan op de inhoud van het artikel van A.C.S. van Groningen in de periodiek «ArbeidsRecht»[3] en meer in het bijzonder op arbeidsrechtelijke gevolgen van het «*pre-pack* pakket». Deelt de regering de geuite zorgen?

In de voorgestelde regeling is bepaald dat de rechtbank aan de aanwijzing van de beoogd curator, of aan de verlenging van die aanwijzing, voorwaarden kan verbinden indien zij dit nodig oordeelt ter verwezenlijking van het met de stille voorbereidingsfase beoogde doel. In de memorie van toelichting lezen de **SP**-fractieleden dat daarbij als voorbeeld is genoemd dat de rechtbank reeds bij de aanwijzing zou kunnen bepalen dat wanneer er uit de stille voorbereidingsfase een voorstel voor een doorstart voortkomt met een gelieerde partij, daarvan na de faillietverklaring in ieder geval eerst een publieke vooraankondiging dient te worden gedaan en dat betrokkenen de gelegenheid dienen te krijgen om nog op de voorbereide doorstart te reageren. Zelfs als ook dan alleen de gelieerde partij in beeld blijft, zouden de reacties van betrokkenen toch nog kunnen leiden tot een heronderhandeling over de voorwaarden waaronder de doorstart plaatsvindt en tot een beter eindresultaat.[4] Het zou daarbij onder meer kunnen gaan om hoeveel en welke werknemers bij de doorstart een nieuwe baan aangeboden krijgen en tegen welke arbeidsvoorwaarden, of om de aankoopprijs die door de gelieerde partij dient te worden betaald voor de bedrijfsonderdelen waarmee zij een doorstart wil maken. In welke gevallen zouden de

[3] A.C.S. van Groningen, «De pre-pack onder arbeidsrechtelijk vuur», ArbeidsRecht 2016/39.
[4] Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 14–15.

reacties van niet-gelieerde partijen tot heronderhandeling met de gelieerde partij kunnen leiden en dan met name over de overname van personeel en arbeidsvoorwaarden door de gelieerde partij?

De regering stelt in de nota naar aanleiding van het verslag dat op de doorstart uit een faillissement de arbeidsrechtelijke bepalingen die gelden bij een gewone overgang van een onderneming niet van toepassing zijn en dat Richtlijn 2001/23/EG daarvan uitgaat.[5] Waarop baseert de regering dat, zo vragen de leden van de SP-fractie Heeft de Europese Commissie of het Europese Hof van Justitie zich daarover uitgesproken? Wat is de stand van zaken in de Heiploeg- en de Estro-zaak?

Er wordt op dit moment door verschillende rechtbanken bij een verzoek een beoogd curator/stille bewindvoerder aan te wijzen, gebruikgemaakt van een vragenlijst, merken de fractieleden van de SP op. De vragenlijst spoort de schuldenaar aan informatie over te leggen op basis waarvan de rechtbank snel inzicht kan krijgen in de financiële situatie van de onderneming en kan beoordelen of de aanwijzing meerwaarde heeft. Voorts wordt de schuldenaar gevraagd aan te geven welke acties hij reeds heeft ondernomen om de financiële problemen op te lossen en of hierbij bijvoorbeeld ook de ondernemingsraad (hierna: OR) of een vakbond betrokken is geweest. Wordt de vraag over de betrokkenheid van de OR of vakbond standaard gesteld? Kan de regering aangeven in welk percentage van de verzoeken de OR of vakbond volgens de schuldenaar al betrokken is geweest? Wordt het antwoord van de schuldenaar geverifieerd bij de OR of vakbond? Hoe oordeelt de rechtbank over het verzoek als de OR of vakbond niet betrokken is geweest?

5. Procedurele aspecten

Artikel IIA van het wetsvoorstel bepaalt dat de Minister van Veiligheid en Justitie binnen vijf jaar na de inwerkingtreding van deze wet aan de Staten-Generaal een verslag zendt over de doeltreffendheid en de effecten van deze wet. Wat zijn de criteria aan de hand waarvan de Minister de doeltreffendheid van de voorgestelde regeling zal toetsen, zo vragen de **VVD**-fractieleden. Wanneer acht de regering de doeltreffendheid van het wetsvoorstel voldoende? In hoeveel van de faillissementen die met behulp van een stille voorbereidingsfase tot stand zijn gekomen, zal sprake moeten zijn van een doorstart en een verkoop van het boedelactief aan één verkoper om van een voldoende effectiviteit te kunnen spreken bijvoorbeeld? Het onderzoek van mr. J.R. Hurenkamp waarnaar de regering in de memorie van toelichting verwijst[6], betrof 48 faillissementen in 2,5 jaar tijd. 48 faillissementen op een gemiddelde potentiële onderzoekspopulatie van 7000 faillissementen per jaar hoeft niet representatief te zijn. Hoe borgt de Minister van Veiligheid en Justitie de representativiteit van zijn steekproef die hij zal uitvoeren om de doeltreffendheid van het wetsvoorstel te meten?

De leden van de **CDA**-fractie vragen of niet eerst de Estro-rechtszaak (prejudiciële vragen) afgewacht kan worden, alvorens de beoogde wetswijzigingen in te voeren.

De leden van de **PvdA**-fractie vragen de regering aan te geven hoe, nu dit eerste wetsvoorstel in het kader van het programma «Herijking Faillissementsrecht» ter parlementaire behandeling voorligt, de vervolgfasen eruit zullen gaan zien.

---

[5] Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 6, p. 15.
[6] Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 8.

6. Overige

Geregeld is dat de beoogd curator met toestemming van de schuldenaar een deskundige kan vragen onderzoek te verrichten (artikel 364, vierde lid, van het wetsvoorstel). Geeft de schuldenaar deze toestemming niet, dan kan dit voor de beoogd curator aanleiding zijn om de rechtbank te verzoeken om intrekking van de aanwijzing (zie artikel 366, eerste lid, van het wetsvoorstel). Ook de rechter-commissaris kan een dergelijk verzoek indienen (artikel 366, eerste lid, van het wetsvoorstel). Betreft het hier een deskundige zoals bedoeld in artikel 25, eerste lid, onder n, van de Wet op de ondernemingsraden, zo vragen de **SP**-fractieleden. Adviseert de deskundige de curator of de schuldenaar? Wie betaalt de deskundige? Als in de onderneming van de schuldenaar een OR is ingesteld, wat is dan zijn positie bij enerzijds het verzoek een deskundige onderzoek te laten verrichten en anderzijds het verzoek de aanwijzing in te trekken?

De **PvdA**-fractieleden merken op dat de in het wetsvoorstel geïntroduceerde rechtsfiguur teruggrijpt op die van de *pre-pack*, afkomstig uit het Angelsaksische recht. In het Angelsaksische recht is de figuur van de *fiduciary duty*, oftewel de fiduciaire verantwoordelijkheid, een belangrijke pijler van het ondernemingsrecht. Kan de regering aangeven hoe de waarborgen die vanuit deze verantwoordelijkheid van kracht zijn op de *pre-pack*, ook voor de Nederlandse situatie kunnen gelden, mede in het licht van het gegeven dat Nederland een andere rechtstraditie kent? Hoe ziet de regering de verantwoordelijkheid van het bestuur van de onderneming jegens de aandeelhouder in dezen? En hoe beoordeelt de regering het amendement-Van Wijngaarden[7] in het licht van de beantwoording van bovenstaande vraag?

De leden van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie zien de reactie van de regering – bij voorkeur binnen vier weken – met belangstelling tegemoet.

De voorzitter van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie,
Duthler

De griffier van de vaste commissie voor Veiligheid en Justitie,
Van Dooren

[7] Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 8.